



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, tres (3) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL
Tema: REAJUSTE - ASIGNACIÓN DE RETIRO (SUBSIDIO FAMILIAR- SUBCOMISARIO®)

OBJETO

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte accionante, contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, de fecha 02 de agosto de 2019, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La parte demandante a través de apoderado judicial promovió acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL, elevando las siguientes:

PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio E-00003-2Q17143M- CASUR del día 11 de julio de 2017, en virtud del cual la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL niega la inclusión de la partida SUBSIDIO FAMILIAR dentro de la asignación de retiro o pensión que devenga mi representado:

A) Inaplicado por ilegal e inconstitucional e) parágrafo único del artículo 15, el artículo 16 en la expresión "...El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona o cargo" y artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, que establecieron el Subsidio familiar y la forma en que se debía pagar este factor salarial al personal de la Policía Nacional que estaban regulados por los decretos 1212 y 1213 de 1990 y que se homologaron al Nivel ejecutivo. Lo anterior, teniendo en cuenta que las citadas normas

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

2

son contrarias al espíritu que tuvo el legislador en el artículo 2 y 10 de la Ley 4a de 1992, artículo 7 parágrafo único de la Ley 180 de 1995, artículo 82 del Decreto 132 de 1995, los artículos 110 y 111 del decreto 1029 de 1994 y el artículo 110 del Decreto 1091 de 1995, e igualmente por vulnerar los artículos 13, 42, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia.

B) Así mismo, se inaplique por inconstitucional el parágrafo único del artículo 23 del decreto- 4433 del 2004, que impide tener en cuenta el factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable en la asignación de retiro o pensión de los miembros del Nivel Ejecutivo como es el caso de mi representado, por vulneración al Derecho Fundamental a la igualdad establecido en el artículo 13 y el derecho a la Familia señalado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, al darles un trato desigual en comparación con los oficiales y los suboficiales de la Policía Nacional a quienes si se les incluye dicho rubro en la liquidación de la asignación de retiro o pensión.

SEGUNDA. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR al reconocimiento, reajuste, reliquidación y pago del factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable a partir del reconocimiento de la asignación de retiro o pensión del señor YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA, en el valor y/o porcentaje que le corresponda a la fecha del retiro de acuerdo a lo establecido en el artículo 140 del decreto 1212 o el artículo 100 del decreto 1213 de 1990 en concordancia con el artículo 23 numeral 23.1 del decreto 4433 de 2004.*

TERCERA: *Se ordene el pago de los retroactivos pensionales desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro o pensión hasta su inclusión en nómina de pagos, ya que si se reconoce el SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable en la asignación de retiro o pensión es claro que el monto de esta también se verá modificado.*

CUARTA: *Se ordene el pago indexado de todos los valores adeudados a mi representado hasta la ejecutoria de la sentencia.*

QUINTA: *Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo al Art 187 Inciso 4 y Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.*

SEXTA: *Se condene en COSTAS a la entidad demandada”.*

Las anteriores pretensiones, se fundamentan en los siguientes:

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

3

HECHOS

“1. Desde su mismo origen y creación, la carrera del nivel ejecutivo en la Policía Nacional tuvo como finalidad mejorar las condiciones salariales y laborales de los policías, tal y como puede verificarse en las recomendaciones que efectuaron las dos misiones que estudiaron la problemática institucional en el año 1993.

*2. Las normas legales que crearon y desarrollaron la carrera profesional del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional, previeron y ordenaron una protección especial para quienes se homologaron, como en el caso del señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA**, en el sentido de que tal ingreso no podía desmejorar ni discriminar sus salarios y prestaciones sociales en ningún aspecto.*

*3. El señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA** ingresó a prestar servicios a la Policía nacional y su vinculación estuvo regida por lo establecido en el Decreto 1212 o 1213 de 1990.*

4. Desde el día 01 del mes de septiembre del año 1996 mi representado fue Homologado al Nivel Ejecutivo, calidad que ostentó hasta la fecha de retiro del servicio, esto es hasta el día 26 de octubre de 2012.

5. Mi representado, consolidó el derecho al Subsidio Familiar por concepto de cónyuge o compañera permanente y por concepto de hijos así:

Fecha de matrimonio: 29 de septiembre de 2003

Nombre de la cónyuge: ANA BRÍGIDA CLAVIJO HERNÁNDEZ

Nombre y Fecha de nacimiento de los hijos:

***MAIRA ALEJANDRA GARCÍA CARDONA** 12 de Julio de 1991*

***STEFANÍA GARCÍA CARDONA** 28 de marzo de 1994*

***LORENA VALENTINA GARCÍA CLAVIJO** 24 de noviembre de 2001*

6. De acuerdo a la fecha de los servicios, al momento del retiro del servicio activo mi representado se encontraba casado o con unión marital de hecho y devengaba por concepto del subsidio familiar un valor de \$23,243 por concepto de tres hijos menores.

7. Al momento del retiro del servicio activo mi representado ostentaba el grado de Subcomisario.

8. Mediante resolución 19632 del 21 de noviembre de 2012, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció asignación de Retiro o pensión a mi representado de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1091 de 1995 y Decreto 4433 de 2004.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

4

9. La caja de Sueldos de Retiro de la policía nacional, realiza el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA** de forma errónea por cuanto dentro de los factores de liquidación que se estipularon en ella no se encuentra incluido el **SUBSIDIO FAMILIAR** como factor salarial, el cual según los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales debe ser tenido en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro o pensión.

10. El día 28 de junio de 2017, en representación del señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA**, el suscrito apoderado presentó derecho de petición a la entidad demandada solicitando:

“1. Se sirva reconocer al señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA**, en el grado de **HOMOLOGADO**, el factor salarial del **SUBSIDIO FAMILIAR**, fundamento en lo señalado con en el artículo 82 del decreto 1212 de 1990 y/o artículo 46 del decreto 1213 de 1990 de acuerdo a las personas a cargo que tenía al momento de su retiro del servicio activo.

De conformidad con lo expuesto en el numeral **III** del presente escrito solicito se aplique la excepción por inconstitucionalidad establecida en el artículo 4 de nuestra Carta Política, la cual la puede realizar cualquier juez, **autoridad administrativa** o un particular cuando tenga que aplicar una norma jurídica en un caso concreto.

2. Como consecuencia, se reliquide la asignación de retiro o pensión de mi representado a partir del momento en que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció dicha prestación al señor **YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA**”.

11. Mediante oficio No. E-00003-201714314- CASUR del día 11 de julio de 2017, suscrito por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se dio respuesta al derecho de petición negando el reconocimiento del factor salarial del **SUBSIDIO FAMILIAR** dentro de la asignación de retiro o pensión de mi representado”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término de traslado, manifestó la parte demandada que se opone a las pretensiones de la demanda, en virtud a que al demandante se le ha reajustado su asignación mensual de retiro conforme a los decretos que regulan la materia, y periódicamente incrementan la asignación de retiro para que no sufra devaluación monetaria.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

5

Así mismo, expresó que, los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 no contemplan que el subsidio familiar deba incluirse dentro de la base de la liquidación de las asignaciones de retiro para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, normatividad bajo la cual se realizó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del SC® YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA.

Señaló lo establecido en el artículo 23 del decreto 4433 de 2004 respecto a las partidas computables y enfatizó lo indicado en el párrafo que señala, *“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, **subsidios**, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”*

Con fundamento de lo anterior, indicó que no le asiste razón a la parte actora al solicitar la aplicación de los decretos 1212 de 1990 y 1213 de 1990, normas igualmente de carácter especial, mediante las cuales se reforma el estatuto del personal de suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, pero NO para el personal del NIVEL EJECUTIVO al cual pertenece el SC®. JUAN GARCÍA BARANDICA. Agregó que, de ser aplicada la normatividad deprecada se incurriría en una mixtura de normas (Fls. 48 a 51 Cdo. Ppal.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia del 02 de agosto de 2019, negó las pretensiones del demandante, al considerar que durante el periodo que el señor Yonis García se desempeñó como agente, le fueron aplicadas las disposiciones salariales y prestacionales establecidas en el Decreto 1230 de 1990, y durante el tiempo que laboró en el nivel ejecutivo, su situación se reguló por el Decreto 1091 de 1995, lo que precisamente llevó a que el emolumento de subsidio familiar no le fuera incluida como partida computable en su asignación de retiro, por no estar contemplada para el personal del nivel ejecutivo.

Aunado a lo anterior, indicó que luego de analizar el estudio comparativo realizado por el Consejo de Estado, respecto de los factores reconocidos en los regímenes que fueron aplicados al demandante como Agente de Policía Nacional, y luego al homologarse en el Nivel Ejecutivo de la misma institución, encontró que, el demandante se benefició ampliamente al cambiar de rango de agente al del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador, por lo mismo, se debe someter integralmente a su reglamentación, dentro de la cual no se establecieron los factores que el accionante reclama, precisamente porque corresponden al régimen de suboficiales, al que ya no pertenece, y en cambio

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

6

sí le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria.

Explicó que el actor no fue discriminado ni se le desmejoraron sus condiciones salariales y prestacionales al dejar de incluirle el subsidio familiar, como partida computable en su asignación de retiro, como quiera que, al analizar en conjunto el régimen del nivel ejecutivo y comparado con el régimen de sub oficiales, aquel resultó más favorable, lo que precisamente lo llevó a acogerse voluntariamente a éste, sin que sea posible, como lo pretende el accionante, que acuda a las partidas de un régimen (el de suboficiales), para liquidar la prestación de retiro de quien pertenece a otro (del nivel ejecutivo), pues ello iría en contra del principio de inescindibilidad.

En consideración, manifestó que, el acto administrativo contenido en el Oficio E-00003-20174314 del 11 de julio de 2017, mediante el cual se le negó al accionante el reconocimiento y pago de subsidio familiar, se encuentra ajustado a derecho, no solo a las normas de orden legal, sino también a las de rango constitucional que se aducían quebrantadas, manteniendo incólume su presunción de legalidad (Fls. 80 a 87).

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación argumentando que, en el caso bajo estudio, no se está solicitando la aplicación de las condiciones más favorables de uno u otro régimen (régimen de oficiales, suboficiales y agentes / régimen del nivel ejecutivo), como tampoco que se apliquen los dos regímenes al caso de su representado.

Por el contrario, aduce que lo solicitado es la aplicación integral del artículo 7º, párrafo único de la ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 132 de 1995, las cuales son normas marco y que señalaron que el ingreso al nivel ejecutivo no podía discriminar, ni desmejorar en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional, en concordancia con el artículo 13 y 42 de la Constitución Política, y que con base en estas normas, se analice si se debe inaplicar por inconstitucional e ilegal el párrafo único del artículo 15, el artículo 16 en la expresión “*el Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo*”, y el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, por ser normas que consagraron unas nuevas condiciones regresivas que no le favorecieron a su representado, al desconocer a la cónyuge como parte integral de la familia dentro de las personas a cargo para liquidar el subsidio familiar y consignar unos valores dinerarios que no son razonables, objetivas ni proporcionales, constituyendo un subsidio familiar para el nivel ejecutivo regresivo, que

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

7

desconoce los fines y objetivos con los cuales se creó la carrera del nivel ejecutivo para el personal que se homologó a ella.

Argumentó que, al darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad de los artículos antes mencionados, se debe recurrir a las normas que venían rigiendo la carrera de su representado, es decir, el Decreto 1213 de 1990, sin que ello signifique una mixtura de regímenes.

Mencionó que esta situación encuentra sustento, en la sentencia del 03 de septiembre de 2018, C.P. César Palomino Cortés, dictada dentro del radicado No. 2013-00543, por medio de la cual, la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 que fijaba de 20 a 25 años el tiempo de servicio requerido para acceder a la asignación de retiro del personal del nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado al 31 de diciembre de 2004, declaratoria ésta que conllevó a que los integrantes del nivel ejecutivo de la Policía Nacional incorporados para la fecha antes mencionada se les aplicara lo señalado en los artículos 144 y 104 de los decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente.

En tal sentido, expresó que, dicho precedente jurisprudencial habilitó para que se aplicaran a miembros del nivel ejecutivo las reglas señaladas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, sin que ello significara la creación de un nuevo régimen o la exclusión total del régimen del nivel ejecutivo.

Agregó que, en el presente caso se desconocieron los elementos mínimos y la protección establecida en el artículo 7º párrafo Único de la ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 132 de 1995 al personal que se homologara, se debe aplicar la excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad del párrafo único del artículo 15 y el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995 y como consecuencia de ello, para efectos de liquidar la partida subsidio familiar se debe recurrir a lo señalado en el artículo 46 y artículo 100 del Decreto 1213 de 1990 y artículo 82 y el 140 de 1212 de 1990.

De otra parte, indicó que el A Quo al momento de dictar la sentencia, no analiza el fondo del asunto planteado, por cuanto se limita únicamente a hacer un estudio de la carrera del nivel ejecutivo, en comparación con la carrera de agentes, suboficiales y oficiales, en cuanto a la jerarquía salarial y prestacional que hay entre los mismos.

Reiteró que, las pretensiones de la demanda iban encaminadas a que se analizara, si las normas contenidas en el párrafo único del artículo 15, 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, debían inaplicarse por inconstitucionales, por vulneración de la reserva legal de protección contemplada en el artículo 7º, Parágrafo Único de la ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 132 de

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

8

1995, así como vulneración al artículo 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia.

Lo anterior, al afirmar que, en el sub judice quedó demostrado que el señor García Barandica, antes de homologarse tenía la expectativa legítima de que su derecho a que el subsidio familiar se le liquidara como mínimo en los términos establecidos en el régimen contemplado en el Decreto 1213 de 1990 y/o Decreto 1212 de 1990, por lo que afirma, que se han debido respetar las garantías mínimas, por cuanto, no hacer así, iría en contra de la conservación de las prerrogativas señaladas en el artículo 7º del parágrafo único de la ley 180 de 1995 y el artículo 82 del decreto 132 de 1995 y desconocería la preservación de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, que precisamente se buscaba proteger con la creación de la carrera del nivel ejecutivo.

En cuanto a la afirmación realizada por el A Quo, de que el régimen salarial y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional resultó más favorable que el que cobijaba a los sub oficiales, oficiales y agentes de la Policía Nacional y por tal razón, la asignación salarial le resultó más benéfica, refirió que en efecto, la carrera del Nivel Ejecutivo, trajo consigo unas prebendas o prestaciones que en un principio fueron más favorables, pero con el transcurso del tiempo, dichas mejoras salariales fueron desapareciendo.

Para sustentar dichos argumentos, efectuó un cálculo matemático, entre la asignación que le hubiese correspondido sino se hubiera homologado a la carrera de nivel ejecutivo (cargo de Sargento Primero), y la que le correspondió al momento de su retiro, en el cargo de Subcomisario, precisando, que en el primer evento su asignación de retiro sería de \$2'794.225, en tanto, como sub comisario y teniendo en cuenta las partidas que le computaron en la asignación de retiro, se calculó en la suma de \$2'612.293.

En tal sentido, expresó que, la carrera del Nivel Ejecutivo no le trajo mejora alguna a su representado, al existir una diferencia dineraria de \$181.932, lo que permite concluir que si existe desmejora en las condiciones salariales del señor Yonis García y como consecuencia de ello, una desmejora en su asignación de retiro o pensión.

Otro aspecto frente al cual presentó oposición el apoderado judicial de la parte actora, fue sobre el argumento expuesto por el A Quo, en cuanto a que la partida de subsidio familiar no se encuentra consagrada en el marco normativo aplicable a los miembros del Nivel Ejecutivo, pues manifiesta que, el operador judicial está desconociendo la facultad que el artículo 4º de la

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

9

Constitución Política otorga a los Jueces de corregir los errores en que el legislador o el ejecutivo pudo incurrir, cuando éstos van en contravía de la Constitución o la ley.

Señaló que esta circunstancia se presenta en el caso concreto, dado que el ejecutivo al momento de expedir el marco normativo que regula lo concerniente al régimen laboral y prestacional de los miembros del nivel ejecutivo desconoció de manera injustificada la reserva legal contenida en la ley Marco (art. 7º Parágrafo Único de la ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 132 de 1995), esto, en razón a que con el traslado a la carrera del Nivel Ejecutivo se eliminó a la cónyuge como beneficiaria del subsidio familiar, se consagraron unos valores dinerarios que en su concepto, no son razonables, objetivos ni proporcionales, que desconocen las condiciones mínimas que traía mi representado antes de la homologación a la carrera de nivel ejecutivo, y por otro lado, en el artículo 23 del Decreto 4433 del 2004 no se incluyó como partida de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo el subsidio familiar, como si lo estableció para los oficiales y suboficiales.

En consideración, expresó que, aceptar la tesis del A Quo significaría que el Gobierno Nacional se estaría beneficiando de sus propios errores, pues si el ejecutivo al momento de reglamentar los aspectos salariales y prestacionales de la fuerza pública omitió incorporar dicho aspecto, no es consecuente que lo aproveche para perjudicar a su representado.

Continuando con la exposición de motivos de disconformidad, el apoderado de la parte actora manifestó que, para el caso de los miembros que decidieron homologarse a la carrera del Nivel ejecutivo frente a los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, si existe un trato discriminatorio con relación exclusiva al subsidio familiar; precisando que el A Quo, omite analizar si las reglas fijadas en el parágrafo único del artículo 15, artículos 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, para el reconocimiento del subsidio familiar de los Miembros del Nivel Ejecutivo son normas que establecen un trato diferente o desigual que restringe derechos al personal que decidió homologarse a la carrera del nivel ejecutivo frente a la persona de agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional.

Así mismo, puntualizó que el A Quo realiza una apreciación sesgada y limitada con relación al artículo 23 del Decreto 4433 de 2004; para lo cual, trajo a colación la sentencia C-063 de 2018 de la Corte Constitucional, en la cual se precisa la forma en la que se debe analizar la constitucionalidad o legalidad de una norma, en virtud al principio de igualdad, atendiendo criterios como: (i) si las medidas pueden afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o (ii) si existe un indicio de arbitrariedad para

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

10

el caso de los miembros del nivel ejecutivo y que los pasó a desarrollar de la siguiente manera:

En primer lugar, refirió que el párrafo único del artículo 15 y los artículos 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, para los miembros del nivel ejecutivo no está encaminado a conseguir un propósito constitucionalmente importante, por el contrario, vulnera el artículo 42 de la Constitución Política al desconocer a la cónyuge o compañera permanente como parte integral de la familia, dentro de las personas a cargo para liquidar el subsidio familiar.

En consideración, menciona que, frente al subsidio familiar, dada su finalidad, se encuentra, en situación de igualdad los agentes, suboficiales y oficiales, en confrontación con los Miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, sin embargo, la forma en que fue consagrado el subsidio familiar para la carrera del Nivel Ejecutivo pone en situación de desigualdad y discriminación a los miembros de dicha carrera frente a los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, sumado a que, en su concepto, no existe justificación alguna para que merezca menor ayuda o un pago por concepto de subsidio familiar, que la de un agentes, oficial o suboficial, cuando éstos últimos, al igual que los miembros del Nivel Ejecutivo, pertenecen a la misma institución, dependía al mismo resultado asignado al Ministerio de Defensa y tienen una familia que sostener, lo que permite concluir que todos requieren de la misma protección del Estado para sus familias.

En segundo lugar, afirmó que el Parágrafo Único del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, prohíbe a los miembros del nivel ejecutivo se les tenga en cuenta como partida computable de la asignación de retiro del subsidio familiar, sin embargo, el A Quo no abordó el análisis desde la óptica correcta, ya que lo hizo desde la jerarquización, omitiendo que lo primordial al estudiar este asuntos, es establecer si existe un trato diferenciado y discriminatorio entre agentes, suboficiales y oficiales frente a los Miembros Ejecutivos, con relación a una prestación social que fue creada para aliviar las cargas económicas a todos los trabajadores de medianos y bajos ingresos, en proporción al número de personas a cargo.

Agregó que, desde una perspectiva constitucional, los beneficios que trajo la creación de la carrera del nivel ejecutivo, no justifica que se haya restringido una prestación social como es la del subsidio familiar, la cual está dirigida a beneficiar a la familia, siendo procedente inaplicar tal aparte normativo, al impedir que la partida de subsidio familiar no sea computable con la asignación de retiro de los Miembros antes referenciados.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

11

De otro lado, explicó que las partidas que se deben tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro o pensión del personal de la Policía Nacional, y particularmente de los miembros del Nivel Ejecutivo, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que el Subsidio Familiar únicamente será incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo como es el caso de su representado, sin embargo, asegura que por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad, tal como sucedió en el caso de soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que eran privados de percibir el subsidio familiar dentro de sus asignaciones de retiro, para lo cual, trajo a colación la sentencia del 27 de octubre de 2016, emitida por el Consejo de Estado, en aras de corroborar su argumentación.

Adicionalmente, resaltó que, por reunir los elementos fácticos e identidad jurídica similar el caso de su representado con el analizado por el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de octubre de 2013, dentro del expediente No. 11001-03-15-000-2013-01821-00, C.P. Bertha Lucía Ramírez y lo expresado en sentencia del 08 de junio de 2017, C.P. César Palomino Cortés, se debe dar aplicación a lo expuesto por nuestro Máximo órgano de Cierre, pues allí se plasma la importancia del reconocimiento del derecho a la prestación del subsidio familiar.

Finalmente, presentó inconformidad en relación a la condena en costas que hizo el A Quo, pues conforme a lo establecido en el numeral 8º del artículo 365 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a las mismas cuando aparezcan debidamente probadas y como quiera que, lo demandado fue un aspecto eminentemente jurídico no debe condenarse en costas.

Así mismo, manifestó que la ley 1437 de 2011 ordena que pronunciarse en costas no implica que deba ser necesariamente condenatoria, sino que sólo procede dicha condena bajo los criterios de abuso del derecho, mala fe o temeridad, como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, situaciones que afirma no fueron demostradas en el presente caso.

Conforme a lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda (Fls. 92 a 109).

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 24 de septiembre de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el accionante.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

12

En auto del 28 de octubre de 2019, se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, haciéndolo el **apoderado judicial de la parte accionante**, quien reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia, se ordene a la entidad accionada a incluir dentro de la asignación de retiro de su representado la partida de subsidio familiar (Fls. 120 a 131).

Por su parte, el **apoderado judicial de la entidad accionada** manifestó que el Régimen Ejecutivo no incluye la partida de Subsidio Familiar. Además, resaltó que la sentencia de primera instancia es acorde los pronunciamientos del Consejo de Estado, advirtiéndose que el Nivel Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, puesto que, el Decreto 1091 de 1995, le reporta mayores beneficios al señor Yonis García.

Por lo anterior, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, bajo las consideraciones y parámetros expuestos por el A Quo (Fls. 132 a 136).

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, en segunda instancia tal como lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A.

PROBLEMA JURIDICO

El problema de fondo a resolver, consiste en determinar si el accionante, en su calidad de Miembro Retirado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tiene derecho a que se le incluya la partida computable de subsidio familiar en la asignación de retiro, pese a que los artículos 15 del Decreto 1091 de 1995 y 23 del Decreto 4433 de 2004, no lo prevén así?

De igual forma, deberá estudiarse la procedencia de la condena en costas.

MARCO NORMATIVO

Del nivel ejecutivo de la Policía Nacional

Con los Decretos 1212 y 1213 de 1990 el legislador extraordinario reformó el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, al igual que el de agentes de esta misma institución, regulando lo concerniente

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

13

a asignaciones, primas, subsidios, pasajes, viáticos y demás emolumentos devengados por este personal.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 62 de 1993 se determinó que la Policía Nacional estaría compuesta por: (i) oficiales, (ii) suboficiales, (iii) agentes, (iv) alumnos, (v) por quienes presten el servicio militar obligatorio en la institución, y (vi) los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella. Dicha normativa otorgó la facultad al Gobierno Nacional por el término de 6 meses, para que adoptara la estructura de la institución. Con ocasión de la facultad extraordinaria otorgada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 41 de 1994 creando el nivel ejecutivo que comprendía los grados de: (i) comisario, (ii) subcomisario, (iii) intendente, (iv) subintendente, (v) patrullero, (vi) carabinero e (vii) investigador.

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia C-417 de 1994 declaró inexecutable las expresiones “nivel ejecutivo”, “personal del nivel ejecutivo” y “miembro del nivel ejecutivo”, contenidas en el Decreto 41 de 1994, al considerar que dicho cuerpo normativo creaba una categoría de cargos no autorizada legalmente.

Luego de desaparecer como consecuencia de la declaratoria de inexecutable del Decreto Ley 41 de 1994, el nivel ejecutivo de la Policía Nacional sería creado nuevamente por el Congreso de la República a través de la Ley 180 de 1995, que revistió al Gobierno Nacional de facultades extraordinarias para el desarrollo de esta nueva categoría al interior de la institución. Así, el párrafo del artículo 7º de la mencionada ley, dispuso que: *“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”*.

Con el fin de reglamentar el nivel ejecutivo, el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, en cuyos artículos 12 y 13 otorgó la posibilidad a los suboficiales y Agentes de la Policía Nacional de incorporarse al nivel ejecutivo, siempre que lo solicitaran. Por su parte, el artículo 15 del mencionado decreto dispuso que: *“El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional”*. Sin embargo, en el artículo 82 ibidem reiteró que el ingreso al nivel ejecutivo no podría: *“discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”*.

¹ C. Const., Sent C-417, sep.22/1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

14

Mediante el Decreto 1091 de 1995, se creó el régimen de asignaciones y prestaciones sociales de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, contemplando entre ellas el subsidio familiar, en los siguientes términos:

***Artículo 15. Definición.** El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

***Parágrafo.** El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.*

***Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar.** El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo”.*

En concordancia con las normas transcritas, el artículo 49 enlistó como partidas computables para la liquidación de prestaciones sociales unitarias y periódicas, las siguientes

***Artículo 49. Bases de liquidación.** A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

- a) Sueldo básico;*
- b) Prima de retorno a la experiencia;*
- c) Subsidio de Alimentación;*
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;*
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;*
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;*

***Parágrafo.** Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.*

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

15

De los preceptos transcritos se concluye que, tratándose del nivel ejecutivo de la Policía Nacional el subsidio familiar se reconoce y paga mientras el uniformado se encuentre en servicio activo, con la finalidad de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Sin embargo, no constituye salario a efectos de liquidar las prestaciones sociales, pues el legislador expresamente no le otorgó tal naturaleza.

De la asignación de retiro de los integrantes del nivel ejecutivo de la Policía Nacional

En lo concerniente a las partidas computables consideradas a efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, preceptuó:

“23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales”.*

El artículo 26 ibidem previó que, los miembros de la Policía Nacional en servicio activo debían aportar a Casur: **(i)** el 35% del primer sueldo básico a título de afiliación y, **(ii)** mensualmente el 4.75% sobre las partidas previstas en el artículo 23, monto que incrementaría al 5% a partir del 1.º de enero de 2006.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1858 de 2012, que en el artículo 3.º fijó las partidas computables de liquidación de la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 3º. *Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución*

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

16

antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. *Sueldo básico.*
2. *Prima de retorno a la experiencia.*
3. *Subsidio de alimentación.*
4. *Duodécima parte de la prima de servicio.*
5. *Duodécima parte de la prima de vacaciones.*
6. *Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

Parágrafo. *Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales”.*

Como se evidencia de la anterior transcripción, el subsidio familiar no es considerado a efectos de liquidar la asignación de retiro de los Miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

De la sentencia del 25 de noviembre de 2019

Mediante sentencia del 25 de noviembre de 2019², el Consejo de Estado desestimó la demanda de nulidad interpuesta contra los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995; 23 del Decreto 4433 de 2004, y 3.º del Decreto 1858 de 2012, al considerar, en relación con cada uno de los argumentos expuestos por los accionantes, que:

Los preceptos demandados respetaron los límites impuestos por la Ley 4.^a de 1992, como quiera que: “(i) no desconocen derechos adquiridos de los miembros del Nivel Ejecutivo; (ii) no contrarían la política macroeconómica y fiscal; (iii) preservan la racionalización de los servicios públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo; (iv) señalan que las partidas para liquidar la asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a su cargo; y (v) se encuentran acordes a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad que deben regir la actividad de la Administración”.

Así mismo, que el subsidio familiar, “*No constituye salario ni se computará como factor de este en ningún caso, toda vez que su finalidad no es la de retribuir directamente la prestación del servicio, sino que desde su creación se estableció como una prestación social cuyo propósito es subvencionar las*

² C.E., Sec. Segunda, Sent. 2014-00186 y 2014-01554, nov. 25/2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

17

cargas económicas que para el trabajador representa el sostenimiento de la familia”.

De la misma forma, **no se desconoce el derecho a la igualdad de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional** al no computarse el subsidio familiar en la asignación de retiro, lo que sí acontece en relación con los demás oficiales y suboficiales de la fuerza pública, en atención a que no son sujetos susceptibles de comparación. En palabras del Consejo de Estado:

“98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995 como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990, posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994. (...)

100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado » y, en tal medida, este tercer cargo no prospera”.

Por tanto, para el Consejo de Estado las normas demandadas no desconocen los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa y progresividad, pues desde su creación el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional cuenta con un régimen salarial y prestacional propio. Adicionalmente, *“atendiendo al **principio de inescindibilidad**, no podía el Gobierno Nacional tomar los aspectos favorables de cada régimen para su creación. Ello cobra especial importancia respecto del personal homologado, quienes pese a que recibían unos emolumentos que al cambiarse de grado desaparecieron o cambiaron su carácter salarial, mejoraron sus condiciones salariales en atención a otras ventajas que se le otorgaron al nivel ejecutivo, y por las cuales decidieron unirse a este”.* (Destacado de la Sala).

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

18

CASO CONCRETO

La parte demandante a través de apoderado judicial promovió acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL, solicitando se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 15, el artículo 16, en la expresión, “El Gobierno Nacional Determinará la Cuantía del Subsidio por persona a cargo” y el 17 del Decreto 1091 de 1995 y el parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y se proceda a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del accionante.

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda pues el reconocimiento del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro para el personal de nivel ejecutivo de la Policía Nacional no se encuentra contemplado dentro de los decretos 1019 de 1995 y 4433 de 2004, normatividad que rigió el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor SUBCOMISARIO ® YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA.

Adujo, que el legislador no otorgó al subsidio familiar la connotación para ser computado en el monto de la prestación, por lo que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no puede desatender el tenor literal de lo señalado en la ley.

Señaló, que no le asiste fundamento a la parte actora al solicitar la aplicación de los decretos 1212 de 1990 y 1213 de 1990, normas igualmente de carácter especial, mediante las cuales se reforma el estatuto del personal de suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, pero NO para el personal del NIVEL EJECUTIVO al cual pertenece el SUBCOMISARIO ® YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA.

Mediante sentencia del 02 de agosto de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones del demandante, al considerar que el demandante como Miembro del Nivel Ejecutivo, no tendría derecho a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro y en la cuantía devengada en actividad, toda vez que no está previsto como partida computable en el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

Igualmente, manifestó que, de acuerdo a lo expuesto en el el fallo proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 07 de febrero de 2019, consideraba que en el presente caso, el accionante se benefició ampliamente al cambiar del rango de Agente al del nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, particularmente en materia salarial, pues en dicho régimen se superaron las condiciones mínimas que dispuso el legislador, por lo mismo se debe

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

19

someter integralmente a su reglamentación dentro de la cual no se establecieron las factores que el accionante reclama, precisamente porque corresponden al régimen de suboficiales, al que ya no pertenece, y en cambio, si se le reconocieron y pagaron los propios del nivel ejecutivo, al cual ingresó de forma voluntaria.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación argumentando que para el caso de los miembros que decidieron homologarse a la carrera del Nivel ejecutivo frente a los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, si existe un trato discriminatorio con relación exclusiva al subsidio familiar; precisando que el A Quo, omite analizar si las reglas fijadas en el parágrafo único del artículo 15, artículos 16 y 17 del Decreto 1091 de 1995, para el reconocimiento del subsidio familiar de los Miembros del Nivel Ejecutivo son normas que establecen un trato diferente o desigual que restringe derechos al personal que decidió homologarse a la carrera del nivel ejecutivo frente a la persona de agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional.

Agregó que, desde una perspectiva constitucional, los beneficios que trajo la creación de la carrera del nivel ejecutivo, no justifica que se haya restringido una prestación social como es la del subsidio familiar, la cual está dirigida a beneficiar a la familia, siendo procedente inaplicar tal aparte normativo, al impedir que la partida de subsidio familiar no sea computable con la asignación de retiro de los Miembros antes referenciados.

De otro lado, explicó que las partidas que se deben tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro o pensión del personal de la Policía Nacional, y particularmente de los miembros del Nivel Ejecutivo, el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que el Subsidio Familiar únicamente será incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo como es el caso de su representado, sin embargo, asegura que por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad, tal como sucedió en el caso de soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que eran privados de percibir el subsidio familiar dentro de sus asignaciones de retiro, para lo cual, trajo a colación la sentencia del 27 de octubre de 2016, emitida por el Consejo de Estado, en aras de corroborar su argumentación.

Respecto a la condena en costas, adujo que ello solo procede bajo los criterios de abuso del derecho, mala fe o temeridad, como ha sido reiterado por el Consejo de Estado, situaciones que afirma no fueron demostradas en el presente caso y por lo tanto, solicita se revoquen las mismas.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

20

En este orden de ideas, corresponde a la Corporación entrar a determinar, si al accionante, en su calidad de miembro retirado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tiene derecho a que se le incluya la partida computable subsidio familiar en la asignación de retiro, pese a que los artículos 15 del Decreto 1091 de 1995 y 23 del Decreto 4433 de 2004, no lo prevén así.

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, se recuerda que lo pretendido por el demandante es que se inapliquen por inconstitucionales el parágrafo del artículo 15, el artículo 16, en la expresión, “El Gobierno Nacional Determinará la Cuantía del Subsidio por persona a cargo” y el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, y el parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, al ser violatorios del derecho a la igualdad. En consecuencia, se reliquide su asignación de retiro con la inclusión de la partida computable subsidio familiar.

Con la finalidad de establecer si se acogen los argumentos expuestos por el apelante, es menester recordar que el actor ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 12 de julio de 1989, habiéndose desempeñado posteriormente como agente desde el 01 de diciembre de 1989 hasta el 20 de agosto de 1992, después como suboficial, desde el 21 de agosto de 1992 hasta el 31 de agosto de 1996 y desde el 1.º de septiembre de 1996 ingresó al nivel ejecutivo hasta el 26 de julio de 2012, cuando se retiró habiendo prestado sus servicios por 23 años, 07 meses y 8 días (Fl.15).

Por tal razón, su asignación de retiro fue reconocida mediante la Resolución No. 19632 del 21 de noviembre de 2012, en una cuantía equivalente al 81% del sueldo y partidas legalmente computables en atención a los Decretos 1091 de 1995, 1791 de 2000 y 4433 de 2004, los cuales no establecen como partida computable para tal efecto el subsidio familiar.

Así pues, no hay lugar a incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante, toda vez que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 1091 de 1995 no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso; además, según el artículo 49 ibídem no puede tenerse en cuenta como partida computable para liquidar las prestaciones sociales unitarias o periódicas.

A su vez, el Consejo de Estado en sentencia de 25 de noviembre de 2019³ concluyó que el subsidio familiar no constituye salario, pues su finalidad no es la de retribuir directamente la prestación del servicio, ya que se estableció como una prestación social cuyo propósito es aligerar la carga económica que para el trabajador representa el sostenimiento de la familia.

³ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2014-00186 y 2014-01554, nov. 25/2019. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Ahora bien, alega el demandante que el trato diferenciado consagrado en tales preceptos resulta discriminatorio, pues al resto de los miembros de la fuerza pública sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro, lo que beneficia a su núcleo familiar.

Al efecto, es preciso indicar que, en términos de la Corte Constitucional: *“no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio”*, y por ello, ha reiterado que *“la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio”*, puesto que el primero resulta incluso obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida⁴.

Ahora bien, la Corte Constitucional determinó la forma en que debe realizarse el análisis de una norma en virtud de un supuesto desconocimiento del principio de igualdad, al identificar las ventajas y debilidades del test de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el test de igualdad que desarrolló la Corte Suprema de Estados Unidos, a fin de adoptar el denominado *“juicio integrado de igualdad”*⁵. Dicha Corporación, definió el iter para la aplicación del mencionado juicio, en los siguientes términos:

“El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido

4 C. Const. Sent., C-161, abr. 7/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

5 C. Const. Sent., C-035, Feb. 8/2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

22

a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación.”⁶

Como lo establece la jurisprudencia transcrita, el juicio integrado de igualdad pretende establecer si los sujetos de derecho y los supuestos de hecho son comparables, circunstancia que no se presenta en el sub juide, pues si bien los integrantes del nivel ejecutivo, los suboficiales y oficiales de la Policía Nacional son miembros uniformados que pertenecen a la fuerza pública, esta categorización no es suficiente para considerarlos sujetos equiparables o susceptibles de comparación, en la medida que entre ellos existen elementos diferenciadores, relacionados con la forma de ingreso, ascenso, funciones y responsabilidades, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de 25 de noviembre de 2019, a la que se ha hecho referencia a lo largo de esta providencia.

Contrario a lo indicado por el recurrente, los sujetos comparables son los integrantes de la Policía Nacional y no sus núcleos familiares, pues si bien el subsidio familiar se reconoce en razón a las personas que tiene a su cargo el uniformado, se parte de la presunción de que éste es el llamado a solventar las necesidades familiares, razón por la cual a él se le efectúa el pago.

El criterio aquí expuesto, ya había sido prohijado por el Consejo de Estado en fallo de 25 de abril de 2019⁷, el que mutatis mutandi puede ser aplicable al presente, en el que sostuvo que no existe ningún tipo de vulneración al derecho a la igualdad por el hecho de que las partidas dispuestas en la ley para la liquidación de la asignación de retiro sean diferentes para los soldados e infantes de marina profesionales que las ordenadas para de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, porque este personal se encuentra en situaciones de hecho distintas, en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada cual realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas.

En esta misma providencia, el Consejo de Estado concluyó que, *“En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública”*.

Así pues, toda vez que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional tiene un régimen distinto en cuanto ingreso, ascenso, funciones, responsabilidades e incluso en cuanto a las partidas respecto a las cuales

6 C. Const. Sent., C-104, Mar. 2/2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ C.E. Sent. CE-SUJ2-015-19 20130023701(1701-16) M.P. William Hernández Gómez.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

23

realizan aportes a CASUR, frente a los demás miembros de esta institución, es claro que el legislador podía otorgarles un trato disímil, sin que ello implique vulneración al derecho a la igualdad, como quiera que, se reitera, nos encontramos ante sujetos de derecho y supuestos de hecho no comparables.

En otras palabras, la diferencia se trato se encuentra justificada constitucionalmente, pues el régimen de personal del nivel ejecutivo contiene particularidades, que lo torna distinto frente a los demás miembros de la Policía Nacional.

Corolario de lo anterior, la Sala concluye que no le asiste razón al demandante en los argumentos que expuestos en el recurso de apelación, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

DE LA CONDENA EN COSTAS

En este tema en particular, corresponde precisar que en providencia del 07 de abril de 2016 proferida por la Sección Segunda - Subsección A de la misma Alta Corporación, dentro del expediente con radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01, número interno 1291-2014 y cuyo consejero ponente fue el Dr. William Hernández Gómez, se precisó que la condena en costas obedece a un criterio objetivo independiente de la conducta asumida por las partes procesales, en los siguientes términos:

“Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

*Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como **la temeridad, la mala fe** y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no⁸.*

⁸ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. (...)

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” -CCA- a uno “objetivo valorativo” -CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia. (...)*

Teniendo en cuenta lo anterior, se mantiene la tesis de seguir condenando en costas, siempre que alguna de las partes resulte vencida en el litigio o se

⁹ “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

25

le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación, según fuere el caso, de acuerdo a los postulados sentados en el artículo 188 del C.P.A.C.A, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P.

Solicita el recurrente se revoque la condena en costas impuesta por el A-quo, en tanto que dentro de la actuación procesal no se observa conducta dilatoria o de mala fe por parte de su representado.

En relación con lo señalado, y de acuerdo con lo expuesto en párrafos precedentes, la única excepción para omitir la condena en costas, será en los procesos en que se ventile un interés público y como quiera que éste no es el caso, se confirmará lo decidido en primera instancia.

➤ **Costas de Segunda Instancia**

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, y en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 y el artículo 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, Sala de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 02 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, conforme lo expuesto en esta providencia

SEGUNDO.- Condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Expediente: 73001-33-33-003-2018-00244-01
No. Interno: 1076-2019
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YONIS JOSÉ GARCÍA BARANDICA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLICIA NACIONAL

26

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

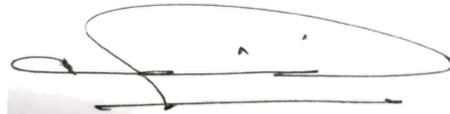
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRIGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Escrito 5 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **78fadb5ad524d097ba4c4956b51a5edcd72ea0ad587bfe873949c1eec424c993**

Documento generado en 09/02/2022 10:49:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>